

Incluye



Papel

Digital

Aspectos legales de las redes sociales

3.ª Edición

Albert Agustinoy Guilayn
Jorge Monclús Ruiz

■ BOSCH



■ BOSCH

Aspectos legales de las redes sociales

3.^a Edición

Albert Agustinoy Guilayn
Jorge Monclús Ruiz

© Albert Agustinoy y Jorge Monclús, 2021
©Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Tercera edición: junio 2021

Depósito Legal: M-17500-2021

ISBN versión impresa: 978-84-9090-546-3

ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-9090-547-0

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Dirijase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

siguientes términos: «[la suspensión de la cuenta como consecuencia de la infracción de uno de los supuestos previstos en las condiciones generales] *en ningún caso supone que el actor se vea privado de su libertad de expresión, sino de la posibilidad de utilizar un medio concreto para ejercerlo, en este caso, una red social de titularidad privada, pero que de ninguna forma impide que pueda seguir ejercitándolo a través del mismo medio utilizado, internet, si bien por otros canales o redes sociales distintas, o de otros medios de comunicación*».

Se trata, pues, de una evidencia de que los tribunales españoles van adaptando, tanto la configuración de las intromisiones ilegítimas como los remedios aplicables las mismas, a la nueva realidad de las redes sociales —si bien con más o menos acierto en cuanto a las particularidades de cada una de las redes sociales—. En todo caso, la selección jurisprudencial comentada acredita como este concreto ámbito del derecho no es ajeno a las conductas realizadas a través de las redes sociales.

2.3. *El Derecho de Rectificación previsto en la LOPDGDD*

En el Título X de la LOPDGDD se introducen una serie de derechos específicamente dirigidos a la protección de los derechos de los ciudadanos en el contexto Internet. Entre tales derechos cabe destacar en especial la introducción de un derecho a rectificación de contenidos en redes sociales, consagrado en el artículo 85 de la citada ley.

De conformidad con la mencionada disposición, los operadores de redes sociales deberán dotarse de procedimientos específicamente dirigidos a permitir el ejercicio del derecho de rectificación por parte de cualquier ciudadano que considere que en la red social en cuestión se están difundiendo contenidos que atentan contra su derecho al honor, intimidad personal y familiar. La LOPDGDD hace referencia en este sentido a que los criterios interpretativos que aplicarán en tales casos serán los propios de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

Se crea, de este modo, un deber específico para operadores de redes sociales de articulación de procedimientos de rectificación respecto a los contenidos publicados a través de tales redes. De este modo, si bien a día de hoy no se han concretado las sanciones aplicables, el eventual incumplimiento de este deber generará una responsabilidad al operador correspondiente, responsabilidad que solamente se podría evitar en caso de que dicho operador pudiera acreditar la efectiva existencia y aplicación al caso de un procedimiento específicamente dirigido a cumplir lo previsto en el mencionado artículo 85 de la LOPDGDD.

VI. PUBLICIDAD Y REDES SOCIALES

1. **Las redes sociales como medio publicitario: principios jurídicos y régimen aplicable**

El potencial de las redes sociales no ha pasado inadvertido para el sector publicitario y las empresas. En efecto, el uso de las mismas para la difusión de mensajes publicitarios

no tan sólo comporta la evidente ventaja de contar con una plataforma amplificadora de dichos mensajes, sino un instrumento que permite obtener un conocimiento exhaustivo de los perfiles de usuarios, elemento que —a su vez— ofrece la posibilidad de hacer campañas dirigidas y de gran sofisticación (y, por tanto, de mayor eficacia).

Si bien el creciente conocimiento del usuario a través de su perfil en una red social —con la consecuente utilización de información personal— entra en el área de la protección de datos personales, no debe tampoco olvidarse que la explotación de las redes sociales con fines publicitarios estará igualmente sometido al régimen propio de la normativa publicitaria (así como de otros ámbitos como, por ejemplo, el de regulación de los servicios de la Sociedad de la Información).

En este sentido, debe partirse de la base de que el concepto de «publicidad» que se da en el derecho español es significativamente amplio. Así, el artículo 2 de la LGP define dicho concepto como *«toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones»*. En un sentido parecido, el artículo 8 de la misma ley indica que *«tendrán la consideración de medios de publicidad las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten»*.

Atendiendo a las mencionadas definiciones, es obvio que un perfil en una red social podrá, por tanto, constituir una plataforma publicitaria en su acepción legal del término. En un sentido parecido, el operador de la correspondiente red social podrá ser considerado como un medio publicitario, al gestionar la plataforma tecnológica que permitirá la generación y distribución de contenidos publicitarios.

En efecto, acudiendo a los usos corrientes que se realizan hoy en día de las redes sociales, pocas dudas caben respecto a si un perfil corporativo de una empresa o marca en una red social es, en efecto, una plataforma publicitaria. Estas dudas, no obstante, se dan respecto a la posibilidad de que el perfil de un determinado usuario particular pueda igualmente considerarse como un medio publicitario. En algunos casos la respuesta será bastante clara, por ejemplo, en el caso de celebridades que utilicen su perfil para promocionar tal o cual marca que les patrocine. Esta conclusión podrá llegarse a extender al perfil de un usuario particular si queda patente que se está utilizando a los efectos de transmitir de forma clara un mensaje publicitario en el sentido establecido por la normativa española (si, por ejemplo, a través de dicho perfil un usuario comunica mensajes de carácter comercial referidos a un determinado producto o establecimiento).

En España esta cuestión no ha sido objeto de controversia —y, por tanto de análisis— por parte de tribunales u otros órganos españoles. Sin embargo, la autoridad británica de la publicidad —*Advertising Standards Authority (ASA)*— sí que ha analizado la naturaleza publicitaria de un perfil en una red social, en concreto en dos resoluciones de 2012 y 2013.

En la primera de ellas, los futbolistas Wayne Rooney¹²¹ y Jack Wilshere¹²² publicaron sendos mensajes en sus cuentas de Twitter que contenían —a criterio de ASA— un claro contenido publicitario (en concreto, en relación con la marca de ropa deportiva Nike), sin haber sido identificados tales mensajes como publicidad. Al respecto, ASA los consideró publicidad encubierta e instó a Nike (*i*) a retirar la publicidad en cuestión (los dos tuits); y (*ii*) a identificar sus futuras campañas publicitarias como tales, evitando cualquier riesgo de confusión para los consumidores.

En la segunda resolución de ASA, de fecha 4 de septiembre de 2013, también involucraba tanto a Nike como a Wayne Rooney¹²³. Sin embargo, en este caso ASA consideró que no se trataba de publicidad encubierta de Nike ya que el mensaje incorporaba suficientes elementos (tales como la inclusión de la cuenta oficial de Nike, el *hashtag* de la campaña de Nike y la imagen que lo acompañaba) para identificar el mensaje como publicitario sin necesidad de indicarlo expresamente.

El contraste de ambas resoluciones de ASA resulta útil —al menos a título de ejemplo, teniendo en todo caso en cuenta que han sido emitidas por una entidad británica, analizado legislación de dicho estado— como guía en esta controvertida cuestión. Así, como más adelante se analizará, la legislación española también obliga como principio general a identificar toda publicidad. Dicha identificación no es preciso que se realice de modo explícito (incluyendo la palabra «publicidad» o «publi»¹²⁴) siempre que del contexto del mensaje en cuestión pueda deducirse de manera clara el contenido publicitario del mismo. En este sentido concluye también Francisco Pérez Bes, quien analizó con detalle en su blog¹²⁵ las anteriores resoluciones de ASA y cuya argumentación y buen criterio compartimos.

1.1. Principios aplicables en materia de publicidad

Quedando, por tanto, clarificado que algunos de los usos principales de las redes sociales encajan dentro del concepto de publicidad que establece la legislación española, la principal consecuencia que de ello se deriva es el sometimiento de dichos mensajes publicitarios a la regulación en materia de publicidad. Por ello, a continuación se procederá a comentar los principales principios que, en este ámbito, aplican al uso de las redes sociales, clasificados en función de la normativa de referencia.

121. El mensaje publicado por Wayne Rooney decía literalmente: «*My resolution - to start the year as a champion, an finish it as a champion...#makeitcount gonike.com/me/makeitcount*».

122. Jack Wilshere publicó el siguiente mensaje: «*In 2012, I will come back for my club - and be ready for my country. #makeitcount.gonike.com/me/makeitcount*».

123. El tuit en cuestión decía: «*The pitches change. The killer instinct doesn't. Own the turf, anywhere. "NikeFootball #myground pic.twitter.com/22jrPwDgC1"*» e incluía una fotografía promocional de Nike en la que aparecía en futbolista golpeando un balón.

124. Obligación eliminada expresamente de la LSSI por la disposición final 2.3 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo.

125. <http://internetyderecho.blogspot.com.es/> y, en concreto las entradas disponibles en <http://internetyderecho.blogspot.com.es/2012/06/aspectos-legales-de-los-tweets.html> y <http://internetyderecho.blogspot.com.es/2013/09/publicidad-encubierta-en-twitter-clara.html>.

1.1.1. LGP y LCD

La LGP es la principal norma legal en el ámbito de la publicidad en España. No obstante, con las reformas que ha sufrido —particularmente a raíz de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios—, la LCD¹²⁶ y, en menor medida, la LGDCU deberán tenerse igualmente en cuenta.

Sentado lo anterior, se analizarán a continuación los principales principios establecidos por la LGP que resultan de aplicación al uso de las redes sociales con fines publicitarios, siguiendo, para ello la propia estructura de dicha norma. En primer lugar, cabe destacar algunos de los principios —limitándose a aquellos que tienen una especial relevancia en el ámbito de las redes sociales— contenidos en el artículo 3 LGP, que configuran la publicidad ilícita:

a) Respeto a la dignidad de la persona

Se trata de un principio consagrado en la Constitución, en concreto en su artículo 10.1¹²⁷, que se desarrolla en este artículo de la LGP. Si bien su contenido es un tanto difuso, el legislador ha introducido una especial protección a las mujeres, estableciendo expresamente que tendrán la consideración de publicidad ilícita aquellas actividades publicitarias —la norma habla de «anuncios», pero debe entenderse en sentido amplio— que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria.

En ese sentido, la propia norma detalla una serie de conductas publicitarias prohibidas en el contexto de este principio. Así, se considera publicidad ilícita aquellas actividades publicitarias que utilicen el cuerpo de la mujer, o *«partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género»*.

Por tanto, tendrán la consideración de publicidad ilícita y, por tanto, contraria a la LGP —a los efectos que aquí interesan— aquellas actividades publicitarias difundidas a través de las redes sociales, que (i) asocien la imagen de la mujer a comportamientos sexistas y discriminatorios, ligándola al ámbito doméstico y en dependencia del varón¹²⁸; o bien (ii) utilicen su cuerpo como mero objeto para promocionar el producto en cuestión.

126. Así lo establece el artículo 1 de la LCD: «La publicidad se regirá por esta Ley, por la Ley de Competencia Desleal y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias».

127. Artículo 10.1 CE: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

128. Ver, en este sentido, Lázaro Sánchez, Emilio J. (coordinador), *Derecho de la Publicidad*, Thomson Reuters, 2012, págs. 106 y ss.



Acceso online a Biblioteca Digital smarteca:
consulte página inicial de esta obra

Las redes sociales se han convertido en una herramienta esencial de comunicación personal, profesional o comercial. Estos usos han dado lugar a numerosos conflictos legales que han requerido un esfuerzo interpretativo e incluso la revisión de la normativa aplicable en ciertos ámbitos.

Esta obra analiza los desarrollos legales e interpretativos que este fenómeno ha propiciado, a fin de encontrar soluciones prácticas a problemas jurídicos derivados del uso de las redes sociales. A tal efecto, se examinan los criterios interpretativos aplicados por la jurisprudencia española y comunitaria en los ámbitos legales más relevantes. Se incluyen también una serie de modelos y esquemas procesales para facilitar el ejercicio de los derechos más habituales en el ámbito de las redes sociales.

Así, se estudia el enfoque que, tanto la normativa aplicable como la jurisprudencia ha establecido en áreas como la normativa de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, la protección de datos personales, la propiedad industrial e intelectual, el derecho penal y los derechos de la personalidad, el derecho laboral y la publicidad.

En esta tercera edición, además de completar y actualizar la obra con especial foco al marco normativo establecido por el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, General de Protección de Datos (RGPD) y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales (LOPDGDD), se analizan las perspectivas de futuro que se derivarán de la propuesta de reglamento europeo relativo a un mercado único de servicios digitales, conocido como *Digital Services Act* y llamado a reconfigurar el régimen de responsabilidad aplicable a los contenidos publicados a través de redes sociales.

ISBN: 978-84-9090-546-3



9

788490

905463



3652K29260

